

Roma, 2 ottobre 2012
Senato della Repubblica, Palazzo Bologna

ERGASTOLO E DEMOCRAZIA

1. Solipsismo giuridico?

Quando le forche andavano meno di moda di adesso, discutere di abolizione dell'ergastolo significava tracciare un orizzonte possibile. Oggi, invece, chi lo sostiene viene inchiodato all'accusa di solipsismo giuridico.

Di questa accusa vorrei dimostrare l'infondatezza. Dichiaro, infatti, fin d'ora, che per me l'ergastolo *non ha* senso. Di più: a me l'ergastolo *fa* senso, perché regime detentivo che fuoriesce dal disegno costituzionale della pena e della sua esecuzione.

E' la tesi che cercherò di dimostrare, usando la cassetta degli attrezzi che porto sempre con me: quella del costituzionalista.

2. Una *quaestio* (e non un disegno di legge né un referendum)

Preliminarmente, vorrei innanzitutto indicare come veicolare con ragionevoli *chances* di successo, il comune obiettivo abolizionista del carcere a vita.

Scarto in partenza la via legislativa.

In passato la si è percorsa. Nella V, nella VI e nella XIII Legislatura, il Senato approvò disegni di legge abrogazionisti (poi arenatisi alla Camera). Di analogo segno erano pure le proposte di revisione del codice penale elaborate dal Comitato Riz (1996), dalla Commissione Grosso (1998) e dalla Commissione Pisapia (2006).

Un'apertura di credito ad un futuro abolizionista è anche la tecnica normativa adoperata dalla Legge n. 589 del 1994 che, abrogando la pena di morte dall'ordinamento penale militare di guerra, la sostituisce (non con l'ergastolo, bensì) con la pena massima prevista dal codice penale: è un rinvio *mobile* e non *fisso*, che trova

ragione nella prospettata eventualità che anche l'ergastolo possa, un domani, essere cancellato dalla legge penale comune

Ma oggi? Nell'attuale legislatura, la sola iniziativa parlamentare che ha camminato è il disegno di legge AS 2567 sul cd. processo lungo, già passato al Senato. Esso mira – se così posso dire – ad un ergastolo sempre più lungo. E lo fa agendo su due versanti. Da un lato escludendo il condannato all'ergastolo dalla possibilità – avvalendosi del cd. giudizio abbreviato – di ottenere la conversione del carcere a vita in 30 anni di reclusione. Dall'altro lato, innalzando ad «*almeno 26 anni*» l'asticella temporale che l'ergastolano deve raggiungere per sperare di accedere a benefici extra murari.

Più di quanto già oggi non sia, rischiamo così domani di avere un'interdizione davvero perpetua: detto altrimenti, un eterno riposo.

Scarto pure l'ipotesi di un referendum popolare sull'art. 22 c.p.

E' già accaduto. E sappiamo come andò a finire. Chiamato a pronunciarsi sull'ergastolo, il corpo elettorale votò a favore della sua conservazione. Era il 17-18 maggio 1981: 24.330.954 voti contrari all'abrogazione; 7.114.718+1 (il mio) favorevoli all'abrogazione. Una cifra, credo, che oggi apparirebbe un miraggio anche per il più ottimista degli abolizionisti, a fronte di una *doxa* dominante tutta chiacchiere e distintivo.

Quel passaggio referendario, semmai, va messo a valore in termini strettamente giuridici. Avendo infatti dichiarato ammissibile il quesito abrogativo (sentenza n. 23/1981), la Corte ha riconosciuto implicitamente che l'ergastolo *non* è una previsione legislativa imposta dalla Costituzione: le leggi costituzionalmente necessarie, infatti, non sono sottoponibili a referendum popolare. L'ergastolo, dunque, si muove interamente in un ambito rimesso alla discrezionalità del legislatore. La Costituzione non lo *proscribe* (espressamente), ma nemmeno lo *prescrive*.

Né legge né referendum, dunque. Semmai – ecco la proposta di metodo - una *quaestio* di legittimità davanti alla Corte costituzionale, opportunamente congegnata. Con il che il nostro tema slitta di livello: l'ergastolo è una scelta legislativa costituzionalmente compatibile?

3. Corte costituzionale e Cassazione in difesa dell'ergastolo

La Corte di cassazione nel 1956 e la Corte costituzionale nel 1974 si sono già pronunciate in tema. Entrambe dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo.

L'hanno fatto sulla base di tre argomenti di fondo: [1] l'argomento *testuale*, secondo il quale la Costituzione, limitandosi a vietare la pena capitale, non avrebbe escluso l'ergastolo; [2] l'argomento *teleologico*, secondo il quale, in una prospettiva polifunzionale della pena, il carcere a vita si giustifica per la sua finalità retributiva, di difesa sociale e di prevenzione speciale e generale; [3] l'argomento *fattuale*, secondo il quale l'ergastolo avrebbe ormai perso la sua natura di pena perpetua, grazie all'accesso possibile alla liberazione condizionale (e poi ad ulteriori benefici penitenziari) secondo un procedimento oramai giurisdizionalizzato.

Partita chiusa, dunque? Tutt'altro.

4. Vs. l'argomento letterale

Muoviamo dal primo pilastro. Per picconarlo. Lo ricordo di nuovo: poiché la Costituzione ha escluso la pena di morte e non l'ergastolo, allora il carcere a vita è costituzionale.

Nonostante l'autorevolezza della sua genesi (riconducibile alle Sezioni Unite penali della Cassazione) non è argomento di pregio. Siamo, anzi, davanti ad un rosario di errori interpretativi del testo costituzionale.

Primo errore. Se le pene non espressamente vietate fossero, per ciò solo, ammesse, allora – per assurdo – dovremmo pensare che anche la fustigazione, le mutilazioni o altre forme di punizione corporale non mortali abbiano egualmente cittadinanza costituzionale. Il che non è. Dunque, la premessa del ragionamento è un abbaglio ermeneutico.

Secondo errore. L'interpretazione letterale deve trovare conferma nell'interpretazione sistematica, che chiama in causa altre disposizioni costituzionali: il principio testualmente espresso per cui le pene «*devono tendere alla rieducazione del condannato*» (art. 27, 3°

comma, Cost.); la clausola di salvaguardia costituzionale che vieta trattamenti inumani e degradanti in sede cautelare (art. 13, 4° comma, Cost.), in sede esecutiva della pena (art. 27, 3° comma, Cost.), in sede di trattamenti sanitari (art. 32, 2° comma, Cost.); il principio supremo del rispetto della dignità umana (compendiato nell'art. 2 Cost.). Si tratta di una trama costituzionale ostativa all'ergastolo e che dimostra quanto sia superficiale l'assunto per cui la sua non espressa esclusione equivarrebbe ad implicita inclusione.

Terzo errore, più degli altri da matita blu. L'ultimo comma dell'originario art. 27 Cost. non vietava affatto la pena di morte. Al contrario, la consentiva a particolarissime condizioni ordinarie: «*Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*». I Costituenti avevano dunque inserito un riferimento alla pena capitale per includere un'eccezione, in quanto sarebbe stato pleonastico, alla luce dell'intera trama costituzionale, vietarla espressamente.

E' come se la Carta costituzionale incorporasse una clausola di esclusione per tutte le pene solamente retributive, dunque non risocializzanti, tanto più se contrarie al senso di umanità. E tale – si vedrà – è il carcere a vita.

5. Vs. l'argomento teleologico

Picconiamo ora il secondo pilastro, giocato sulla teoria della polifunzionalità della pena.

A far data almeno dalla sentenza n. 313/1990, l'evoluzione ormai compiutasi nella giurisprudenza costituzionale è nel senso di una valorizzazione in massimo grado della finalità di risocializzazione del reo. Oggi, tutti i soggetti che partecipano alla dinamica della pena rispondono a questo medesimo vincolo teleologico: il legislatore (nella fase della astratta previsione normativa), il giudice di cognizione (nella fase della commisurazione della pena), il giudice di sorveglianza al pari della polizia penitenziaria (nella fase della sua applicazione), finanche il Presidente della Repubblica (nell'esercizio del suo potere di fare grazia e commutare le pene).

Unitamente al «*senso di umanità*», la finalità rieducativa traccia dunque – in ragione dell'art. 27, 3° comma, Cost. – l'orizzonte

costituzionale della pena cui tutte le misure limitative della libertà personale «*devono tendere*». Dove l'accento cade non più sul *tendere* ma sul *devono*. Tutte. In qualunque momento della propria vicenda ordinamentale.

Questo orientamento della Corte costituzionale è ora messo in sicurezza dalla nuova formulazione (modificata nel 2007) dell'art. 27, 4° comma, Cost., che ha abolito la pena di morte incondizionatamente, senza *se* e senza *ma*: «*Non è ammessa la pena di morte*». Punto (e basta).

E' così caduta l'*unica* eccezione costituzionalmente prevista al principio secolarizzato del finalismo rieducativo penale, che recupera quindi la propria natura di autentico paradigma costituzionale. Un paradigma che vorrei esprimere così: *per la Repubblica italiana nessuna persona è mai persa per sempre*. A tale paradigma vanno dunque commisurate tutte le misure incidenti sulla libertà personale. Tutte, ergastolo compreso.

Ora, è evidente che, davanti al “fine pena mai”, la questione della risocializzazione del condannato neppure si pone. Perché l'ergastolo è intrinsecamente una pena a carattere eliminativo, sia pure non in senso fisico. Qui la violazione della Costituzione è *alla lettera*: perché il recupero sociale del condannato, in quanto testualmente previsto nel dettato costituzionale, non può *mai* essere *integralmente* sacrificato.

6. Vs. l'argomento fattuale

Conosco l'obiezione al mio ragionamento, peraltro messa a valore nella sentenza costituzionale n. 264/1974: non essendo più senza fine, la pena dell'ergastolo conserva una valenza risocializzatrice attraverso il possibile accesso dell'ergastolano a pene alternative.

E' facile maramaldeggiare su questo arabesco argomentativo. Ad esempio osservando che, se l'ergastolo in realtà non esiste, non c'è ragione per mantenerlo in vita. Continuare a farlo, è un inutile accanimento terapeutico (normativo).

Di più. E' come se il Giudice delle leggi dicesse che l'ergastolo non viola la Costituzione perché non è più ergastolo. Cioè, costituzionalmente parlando, è come dire che *l'ergastolo esiste in quanto tende a non esistere*.

In tal modo, però, il sofisma della Corte costituzionale dimostra, *a contrario*, che un regime detentivo perpetuo sarebbe certamente *extra ordinem*. E che la legittimazione del carcere a vita è subordinata al fatto che non sia poi tale nella realtà, nel diritto applicato.

Ciò apre la porta ad una seconda obiezione. La Corte costituzionale è un giudice di norme. Qui, invece, ha espresso un giudizio di costituzionalità su un *fatto* (l'eventuale accesso dell'ergastolano alla liberazione condizionale), evitando così di pronunciarsi sulla *disposizione* legislativa a tenore della quale «*la pena dell'ergastolo è perpetua*» (art. 22 c.p.). Così, invece di giudicare della legge impugnata, la Corte ha finito per giudicare impropriamente della sua occasionale disapplicazione.

E ancora. Sono in numero elevato i cd. detenuti condannati all'ergastolo ostativo: a fine settembre 2010, erano almeno 681 questi sepolti vivi.

Voglio con ciò dire che quel *fatto* in base al quale la Corte ha concesso un salvacondotto costituzionale all'ergastolo è una circostanza meramente *eventuale*, nell'*an* come nel *quando*. Come tale non è in grado di modificare normativamente la perpetuità del carcere a vita, non riesce a trasformarlo giuridicamente in una pena temporanea.

7. Ergastolo (ostativo) e divieto di trattamenti contrari al senso di umanità

Fin qui abbiamo pareggiato i conti con gli argomenti spesi dalle Corti (di Cassazione e costituzionale) in difesa del carcere a vita. Nell'arsenale delle armi contro l'ergastolo, troviamo però altri ordigni capaci di farne esplodere l'illegittimità.

Penso, innanzitutto, all'altra faccia del disegno costituzionale della pena, che vieta «*trattamenti contrari al senso di umanità*» (art. 27, 3° comma, Cost.) e che rovescia la piramide collocando la persona

e la sua dignità prima e sopra di ogni esigenza statale di difesa sociale (art. 2 Cost.).

Quando il Parlamento aveva una migliore stima di sé, trovava anche il coraggio per dirlo (anche se non per abolirlo): X Legislatura, mozione parlamentare 1-00310 approvata il 3 agosto 1989 alla Camera, dove si legge che l'ergastolo viola il divieto di punizioni crudeli, disumane e degradanti, collocandosi tra quelle pene che *«ripugnano alla coscienza democratica e al senso di umanità di ogni persona e comunque non costituiscono neppure un ragionevole deterrente al crimine, essendo invece un esemplare manifestazione di brutalità dello Stato»*.

Che sia così, è dimostrato da una particolare variante del regime del carcere a vita: il cd. ergastolo ostativo.

Coloro che vi sono sottoposti, in assenza di una collaborazione possibile e fruttuosa con la giustizia, sono costretti ad un regime detentivo perpetuo, amputato da ogni contenuto premiale orientato a quella tensione rieducativa prevista dalla Costituzione. Sono morti che camminano. Candele destinate a consumarsi in carcere.

La Corte costituzionale, più volte chiamata a valutare la legittimità dell'ergastolo ostativo, ha sempre respinto come infondate le relative eccezioni.

Per un verso, ha circoscritto la portata dell'art. 4-*bis* ord. pen. escludendone l'applicazione nei casi in cui la collaborazione sia impossibile, irrilevante o comunque inesigibile (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 357/1994 e 68/1995, 89/1999). Per altro verso, ha negato che la disciplina censurata impedisca in maniera automatica l'ammissione ai benefici penitenziari: tale preclusione, infatti, dipende pur sempre da una scelta – reversibile – rimessa al condannato di collaborare o meno con la giustizia (sentenza n. 135/2003).

Ciò nonostante, della legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo è lecito dubitare. Mi limito ad accennare le principali censure possibili.

La prima attiene alla circostanza che le condizioni di questi ergastolani paiono coincide con la definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti

crudeli, disumani o degradanti, ratificata dall'Italia nel 1989: «*Ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un grave dolore o sofferenza, fisica o mentale, per propositi quali ottenere da essa o da un terzo informazioni o confessioni, punirlo per un atto che lui o un terzo hanno commesso o di cui sono sospettati [...]*» è, per il diritto internazionale, tortura. E' vero che la medesima disposizione esclude che tale qualificazione possa estendersi al «*dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime*». E, fino alla sua rimozione, l'ergastolo è e resta una pena legittima.

Tuttavia, tale clausola di salvaguardia *non* compare nell'art. 3 della CEDU, né all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE oggi parte integrante del Trattato di Lisbona (e neppure nel similare art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici), laddove si afferma che «*Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti*». La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anzi, è categorica nell'escludere qualunque deroga a tale divieto, neppure nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo e al crimine organizzato.

Tanto basta per ritenere non manifestamente infondato il dubbio che l'ergastolo ostativo violi il nuovo art. 117, 1° comma, Cost., ai sensi del quale la potestà legislativa dello Stato deve essere esercitata nel rispetto «*dei vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali*», anche pattizi.

La seconda ragione è che l'ergastolo ostativo abbandona ad una condizione aleatoria e mutevole l'ipotesi di concessione di misure extramurarie a favore del detenuto. Ma così il carcere a vita ritorna ad essere – *de facto* e *de jure* - una pena perpetua, perché non più limitata ed interrotta da benefici certi e garantiti, che consentano al condannato una possibilità di reinserimento sociale.

In tal modo si aggrava quel dubbio di costituzionalità intrinseco alla natura *fissa* della pena dell'ergastolo: in assenza di una dosimetria sanzionatoria, diventa infatti impossibile per il giudice rispettare il principio costituzionale di proporzionalità della pena al fatto e alla responsabilità personale. A venir meno è, dunque, quella individualizzazione della pena che è coesistente alla sua finalità rieducativa. Né questa modulazione risulta recuperabile in sede di esecuzione penale, risultando precluso all'ergastolano ostativo qualsiasi misura alternativa alla reclusione dietro le sbarre.

La terza ragione di criticità dell'art. 4-*bis* ord. pen. attiene al dato normativo che fa coincidere il sicuro ravvedimento *esclusivamente* con un comportamento di collaborazione fruttuosa con la giustizia.

Ebbene, quel criterio di valutazione legale può schiacciare il detenuto contro il muro di un vicolo cieco, perché l'errore giudiziario è *sempre possibile*. In tal modo storie carcerarie condannate a finire male, finiscono peggio. A conti fatti, se vai all'ergastolo ostativo augurati di essere davvero colpevole (perché solo il colpevole può utilmente collaborare). Ma se sfortunatamente sei innocente, sarà purtroppo peggio per te: dovrai infatti rassegnarti a morire murato vivo.

8. Come la pena di morte, peggio della pena di morte

L'evocazione della morte di pena non è casale. L'espulsione della pena capitale dal perimetro costituzionale è come una mazza che si abbatte anche contro quello che, in Francia, è non a caso indicato con il nome di «*ghigliottina secca*». E che da noi si propone significativamente di battezzare «*pena di morte viva*» o «*carcere a morte*».

Il collegamento tra le due massime pene è giustificato dalla loro comune natura eliminativa. Con l'ergastolo lo Stato si prende la vita di una persona, anche se non gliela toglie: perché la priva di futuro, azzerava ogni speranza, amputa il reo dal consorzio umano. Ambedue esprimono un'idea sacrificale – dunque vendicativa – della giustizia, laddove entrambe richiedono il sacrificio della vita del reo (che ha sacrificato la vita altrui). In questo senso, residuano nell'ergastolo connotati premoderni propri delle antiche pene corporali.

Di più. Della pena capitale, l'ergastolo è una variante ancora più crudele. La sua estensione temporale lo rende più terribile dell'intensità della pena capitale, perché «*la morte dura un attimo e richiede un coraggio momentaneo. L'ergastolo, invece, è un'esistenza*» (Ignazio Silone).

Non ne siete persuasi? Vi propongo allora un gioco di ruolo. Provate, solo per un attimo, a *«immaginare d'essere ancora vivi, eppure dichiarati morti»*. Immaginatevi, se ne siete capaci, nella condizione – definitiva e senza appello – di una castrazione affettiva e sessuale, implicita in ogni condanna all'ergastolo, che s'imprime così, in modo sconvolgente, nella carne del condannato. Entrate, per un istante, nella vita degli altri: *«vista da chi resta fuori, la persona condannata all'ergastolo esiste e non esiste»* e questa sua esistenza virtuale, alla lunga, fiacca fino a consumare nella solitudine o nel rancore anche i legami più solidi; non per scarsa resistenza delle persone, ma in ragione di una morte civile e sociale decretata con la condanna ad una pena senza fine.

Vengono in mente le parole dell'ex Presidente della Camera, Pietro Ingrao: *«io sono contrario all'ergastolo prima di tutto perché non riesco ad immaginarlo»*.

Ecco perché – come è stato detto - *«l'ergastolo non è una pena assimilabile alla reclusione, ma è una pena da essa qualitativamente diversa, assai più simile alla pena di morte che non a quella della privazione temporanea della libertà personale»* (Luigi Ferrajoli).

Ma se così è (ed è così), il loro destino costituzionale non può differire. Come il morto afferra il vivo, così l'abolizione della pena di morte trascina con sé l'abolizione della pena di morte viva.

9. Basterebbe un solo giudice *a quo*

Riavvolgessimo il nastro fin qui proiettato, ci accorgeremmo di quanti (e quali e di quale spessore) siano le possibili eccezioni d'incostituzionalità contro l'ergastolo. Per farle approdare a Corte, basterebbe un solo giudice *a quo*.

Dal mio punto di vista ha qualcosa di stupefacente che, dal 1974 ad oggi, in tutta Italia, non se ne sia trovato nemmeno uno disposto a sollevare l'eccezione d'incostituzionalità. Come se esistesse una tacita *conventio ad excludendum*.

Eppure, l'ergastolo è una pena frequentemente irrogata, dunque tutt'altro che simbolica: alla data del 30 giugno 2012, si contavano in 1546 condannati al carcere a vita. Eppure il numero di reati puniti con

l'ergastolo sono numerosi, nessuno dei quali prescrivibile. Eppure, anche in sede di esecuzione penale, sono tante le occasioni per il magistrato di sorveglianza di applicare misure che presuppongono la condanna all'ergastolo. In tutti questi casi, la rilevanza processuale della questione è certa.

Chiudo allora con una proposta molto concreta. Offro la mia piena disponibilità – e chiedo ai Colleghi presenti di fare altrettanto – per redigere un atto di promovimento *pilota* alla Corte costituzionale, da mettere nella disponibilità dell'Unione delle Camere Penali, che immagino sensibili al tema. Se non un giudice, ci sarà almeno un avvocato difensore *a Berlino*, disponibile – mediante istanza di parte – a chiedere formalmente al suo giudice di valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della *quaestio* sull'ergastolo, specialmente nella sua variante ostativa.

Quel giudice dovrà motivatamente pronunciarsi, in un senso o nell'altro. E se si attiverà, toccherà poi alla Corte costituzionale farlo.

Basterà allora, ai giudici costituzionali, sfogliare una grammatica italiana. Scoprendo così che la nostra lingua conosce ancora il futuro anteriore: “*Un giorno, quando avrò finito di...*”. E, come ha osservato Adriano Sofri, «*una lingua che conserva il futuro anteriore non merita l'infamia dell'ergastolo*».

Andrea Pugiotto
Ordinario di Diritto costituzionale
Università di Ferrara